

LUIZ HENRIQUE VIEIRA DA CRUZ

A HEDIONDEZ DO CRIME DE ESTUPRO

Monografia apresentada à disciplina de Direito Penal do Curso de Direito Diurno, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para conclusão do curso de Direito.

Orientador: Prof. Luiz Chemim Guimarães

CURITIBA

2004

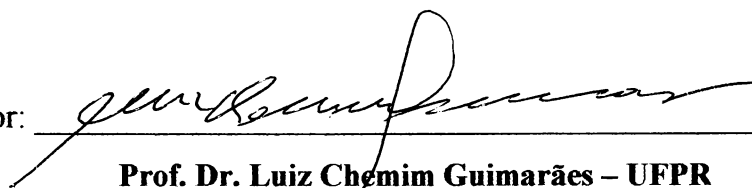
TERMO DE APROVAÇÃO

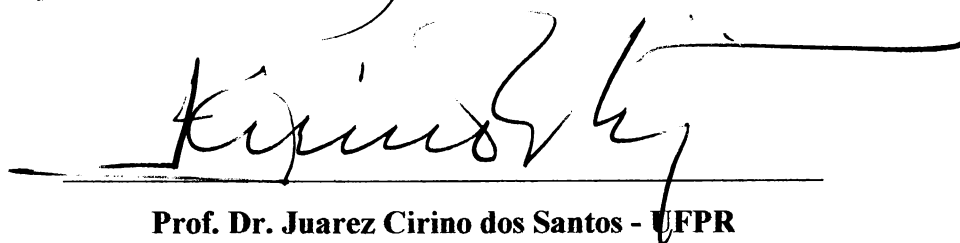
LUIZ HENRIQUE VIEIRA DA CRUZ

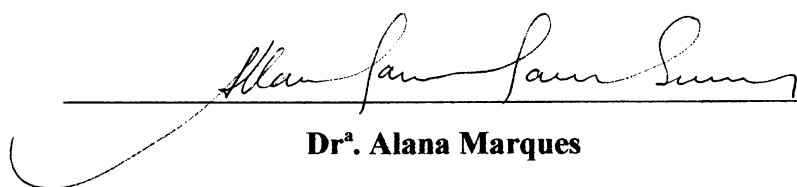
A HEDIONDEZ DO CRIME DE ESTUPRO

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Direito diurno do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

Orientador:


Prof. Dr. Luiz Chemim Guimarães – UFPR


Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos - UFPR


Drª. Alana Marques

Curitiba, 06 de outubro de 2004.

SUMÁRIO

RESUMO.....	vi
INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I	
1. A HEDIONDEZ DO CRIME DE ESTUPRO.....	2
2. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS E SUA RELAÇÃO COM O CRIME DE ESTUPRO.....	5
3. PONTOS CONTROVERTIDOS E POLEMICOS DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS.....	8
3.1. QUANTO A LIBERDADE PROVISÓRIA.....	8
3.2. QUANTO AO REGIME PROGRESSIVO.....	10
CAPÍTULO II	
1. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CRIME DE ESTUPRO.....	11
1.1. RELATOS HISTÓRICOS DO CRIME DE ESTUPRO.....	11
1.1.1. No Direito Romano.....	11
1.1.2. No Império.....	12
1.1.3. Nas Ordenações Filipinas.....	12
1.1.4. Notícia histórica do crime de estupro no Brasil.....	13
1.1.4.1. No Império.....	13
1.1.4.2. Na República.....	14
1.2. CONCEITOS.....	15
1.3. QUANTO AO SUJEITO ATIVO.....	16
1.4. OBJETO JURÍDICO.....	17
1.5. ELEMENTOS DO TIPO PENAL.....	18
1.5.1. Elementos objetivos do tipo.....	18
1.5.1.1. O verbo constranger.....	18
1.5.1.2. O sujeito passivo.....	18
1.5.2. Elementos normativos do tipo.....	19
1.5.2.1. Conjunção carnal.....	19
1.5.2.2. Violência ou grave ameaça.....	21
1.5.3. Elemento subjetivo do tipo.....	22
1.6. A DIFERENCIAÇÃO ENTRE O CRIME DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR.....	22
1.7. FORMAS QUALIFICADAS.....	23
1.8. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA DO ART. 224.....	24
1.9. PENA E AÇÃO PENAL.....	27
1.9.1. A ação penal privada nos crimes sexuais violentos.....	27
1.9.2. A representação nos crimes contra os costumes no caso de vítima pobre.....	29
1.9.3. Exceção à ação privada do art. 225, §1º, inciso II.....	29
1.9.4. Aumento de pena – art. 226.....	30
1.10. CONCURSO DE CRIMES.....	31
1.10.1. Concurso com o crime de constrangimento ilegal.....	32
1.10.2. Concurso com o crime de corrupção de menores.....	32
1.10.3. Concurso com o crime de extorsão.....	33
1.10.4. Concurso com o crime de roubo e de furto.....	33
1.10.5. Concurso com o crime de perigo de contágio venéreo.....	33

1.10.6. Concurso com o crime de rapto e de seqüestro..... 33

1.11. CRIME CONTINUADO..... 34

2. A QUESTÃO MÉDICO-LEGAL E PERICIAL NO CRIME DE ESTUPRO..... 36

2.1. A RUPTURA DO HÍMEN..... 37

2.2. ESPERMA NA CAVIDADE VAGINAL..... 37

2.3. GRAVIDEZ..... 38

CAPÍTULO III

1. A PENA APLICADA AO AGRESSOR NO CÁRCERE..... 39

CONCLUSÃO..... 40

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 42

RESUMO

O objetivo deste trabalho é fazer uma análise do crime de estupro voltado para a óptica de sua classificação como hediondo, para tanto, faz-se necessário a análise em conjunto da lei de crimes hediondos diplomada em nosso ordenamento sob o numero 8.072 de 1990 com o Código Penal brasileiro de 1940. A conduta do agente que pratica o delito deve ser tomada como fator importante em tal análise, tal como as consequências e penalidades a este impostas tendo em vista a capacidade deste prever tal evento lesivo. Assim também como as consequências e traumas causados a vítima de tal brutalidade. Para obtenção dos resultados ora apresentados foi aplicado como metodologia de pesquisa a consulta as principais obras bibliográficas dos mais renomados autores do Direito Penal brasileiro relacionado ao tema. Apresenta relevância o presente estudo tendo como principal objetivo entender tal problemática que desde os primórdios da humanidade, até os dias atuais aflige a sociedade causando inúmeros prejuízos às vítimas, ao agente criminoso e também ao Estado, considerando o fato deste ter por obrigação punir e reprimir tal conduta.

Palavras-chaves: estupro, atentado violento ao pudor, hediondo, vítima, mulher, homem, conjunção carnal, violência, grave ameaça, presunção de violência, pena, ação penal.

INTRODUÇÃO

Trata o presente trabalho acerca do crime previsto no artigo 213, Capítulo I do Título VI do Código Penal, que com o advento da Lei 8072/90 trouxe uma atribuição de Hediondo a este delito.

Assim, objetiva-se a pesquisa e a discussão sobre o crime de Estupro, pois, trata-se de crime considerado hediondo, sujeitando o autor a severas consequências penais e processuais penais e inclusive extra penais em qualquer de suas formas típicas, sendo crime de mera conduta, uma vez que o tipo só menciona o comportamento do sujeito, não prevendo resultado naturalístico.

O estupro está entre os delitos mais repulsivos, tanto que os próprios apenados, com a chegada do agente acusado pela prática do crime em questão ao cárcere, o agredem física, moralmente e psicologicamente, normalmente submetendo-o da mesma forma a violência sexual praticada.

Foi sancionada em 25 de julho de 1990, e ficou conhecida como “a Lei dos Crimes Hediondos”, sendo até hoje é muito questionada por juristas e operadores do direito, pois, não criou nenhuma conduta criminosa, apenas, arbitrariamente, rotulou alguns tipos penais já existentes.

A lei 8072/90 regulamentou o artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal de 1988 sendo composta de 10 artigos que agravaram condutas como latrocínio, rapto, atentado violento ao pudor, tráfico de drogas, extorsão e o estupro.

Peculiarmente quanto ao crime de estupro, necessário se faz sabermos quem são os sujeitos do crime, quando ocorre a consumação e a tentativa, a punição através da ação penal, quando se dá e o que ocorre quando praticada em concurso com o artigo 224 do Código penal, ocasionado assim uma presunção de violência, além de um breve relato histórico a respeito de tal delito.

CAPÍTULO I

1. A HEDIONDEZ DO CRIME DE ESTUPRO

A priori devemos nos ater a uma breve análise da lei 8.072/90, a qual veio por rotular algumas condutas criminosas como hediondas.

Faz-se necessário ressaltar, que a referida lei em questão não criou novos tipos penais, logo, não criou um conceito material do que seria um crime hediondo, nesse sentido, apenas selecionou determinadas condutas criminosas as quais já existiam e as qualificou como sendo condutas hediondas. A famigerada lei apenas relacionou algumas infrações do código penal e passou a atribuí-las como hediondas.

A lei em questão, no seu artigo 1º, relaciona um rol de crimes classificados como hediondos não importando se na forma consumada ou tentada.

No inciso I, considera como hediondo o crime do artigo 121 do código penal, o homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, pouco importando se praticado por um só agente ou em concurso com outros. Considerando também o homicídio qualificado como hediondo.

No inciso II, atribuiu a classificação de hediondo ao crime de latrocínio, ou seja, roubo qualificado pelo resultado morte, sendo este tipificado no artigo 157, §3º do Código Penal.

Nos incisos III e IV, estão dispostas como crimes hediondos, as duas modalidades de extorsão. A qualificada pela morte da vítima, expressa no artigo 158, §2º e a extorsão mediante seqüestro, a qual é disposta no artigo 159 caput e §§ 1º, 2º e 3º, ambas do Código Penal.

Nos incisos V e VI, é atribuída a classificação hedionda aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, estando estes tratados nos artigos 213 e 214 podendo haver a hipótese de combinação como 223, caput § único, todos do Código Penal.

O inciso VII veio atribuir a hediondez ao crime de epidemia com resultado morte, este disposto no artigo 267, §1º do Código Penal.

Por fim, o inciso VII-B, o qual foi acrescido pela Lei 9.695/98, que veio a tornar hediondo as condutas de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de

produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais, isso devido a grande polêmica da falsificação de remédios e produtos medicinais, episódio que teve como resultado a morte de inúmeras pessoas e grande repercussão na mídia. A fundamentação desse crime esta disposta no artigo 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677/98.

O Parágrafo único da Lei dos Crimes Hediondos considera como hediondo o de genocídio previsto nos artigos 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889/56, na forma tentada ou consumada.

Resta importante salientar o fato dos Crimes classificados como Hediondos não serem suscetíveis de graça ou indulto do Presidente da República, porem, há distorções legislativas que permitem que o condenado por crime hediondo venha a obter livramento condicional.

Especificamente em relação ao tema em análise nesta pesquisa, observa-se que o legislador limitou a caracterização de crimes hediondos, nos casos dessas duas espécies de crimes contra os costumes, em suas respectivas tipificações básicas e também quando combinadas estas com o art. 223, *caput* e parágrafo único, do Código Penal.

Assim, é de se entender que somente estarão caracterizados como hediondos o estupro e o atentado violento ao pudor quando cometidos mediante violência real, afastados, assim, da definição legal de hediondos, quando praticados com presunção de violência (Art. 224 do Código Penal).

Não obstante tal disposição legal que afasta a hediondez quando se der o estupro por violência presumida, a Jurisprudência de alguns tribunais vem estendendo à condição de crime hediondo o estupro cometido mediante violência presumida.

Estupro. Vítima menor de 14 anos. Continuidade delitiva. Padrasto da vítima. Crime hediondo. A violência é presumida quando a vítima conta menos de 14 anos (art. 224, "a", do CP). A continuidade delitiva acarreta o aumento da pena (art. 71, CP), bem como a circunstância de o acusado ser padrasto da vítima (art. 226, II, CP). O estupro é crime hediondo e sujeita o seu autor ao regime integralmente fechado. Recurso conhecido e improvido. (TJGO – 1ª Câmara Criminal – Ap. – nº 15.346 – 15/08/1995).

Com tal entendimento, fere-se o princípio da reserva legal, previsto no Art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, o qual disciplina “que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Todavia, se no caso concreto a vítima estiver numa das hipóteses do artigo 224, e ainda assim vier a ser constrangida, mediante violência real, à prática do ato sexual, nesse caso, responderá o agente por crime de natureza hedionda, não pela violência ficta, mas pela violência real empreendida, pois, pelo fato previsto no artigo 213, *caput*, do CP e, dada a ocorrência também de uma das hipóteses do artigo 224, terá o infrator sua pena majorada, como determina o artigo 9º da Lei dos Crimes Hediondos.

Em suma, o crime de estupro não é hediondo por presunção de violência mas sim, quando se tratar de violência real que se encontre em alguma das situações previstas no artigo 224, circunstância que servirá como causa especial de aumento de pena.

Além da majoração das penas, outras consequências foram impostas pela lei, fazendo com que os crimes fossem considerados inafiançáveis, não fazendo jus os infratores à liberdade provisória e nem a anistia, graça e indulto, devendo ser a pena cumprida integralmente em regime fechado, só havendo possibilidade de obtenção de livramento condicional após o cumprimento de dois terços.

2. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS E SUA RELAÇÃO COM O CRIME DE ESTUPRO

Com objetivo de conter o aumento da criminalidade a época, tendo em vista que esta estava atingindo patamares nunca antes ocorridos em nosso país, o legislador constituinte estabeleceu norma, constante do audacioso e desafiador Capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais, que previa um tratamento jurídico diferenciado a determinadas espécies de delitos que considerava mais graves.

Assim é que dispõe o art. 5º, XLIII da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º - Todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à prioridade, nos termos seguintes:

XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

A Constituição Federal de 1988 representou um grande avanço para sociedade brasileira, em termos de estruturação de instituições, valorização do princípio democrático e solidificação de garantias aos cidadãos, sendo o art. 5º a grande base de tal transformação normativa, de vez que traz um rol de direitos e garantias nunca antes vislumbradas em nenhuma Constituição anterior a esta.

Assim, foi nesse dispositivo que o legislador achou de inserir um inciso que, inclui uma garantia para toda a sociedade contra a criminalidade exacerbada vivida à época.

Incumbia ao legislador complementar instituir e promulgar um diploma de regulamentação daquele dispositivo, fazendo efetivo o comando constitucional.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão datada de 08 de junho de 1999, a qual teve como relator o ministro NERY DA SILVEIRA, afirmou que, para o estupro ser classificado como crime hediondo, é necessário que resulte lesão corporal de natureza grave ou morte, posto isto, houve a desclassificação do crime de estupro, que passou a ser chamado de “simples”, assim, o estupro teria deixado de ser considerado

crime hediondo. Hediondo seria somente na forma “qualificada”, isto é, quando resultar lesão corporal grave ou morte da vítima. Tal decisão, sem maiores questionamentos ou indagações, foi acolhida de pronto, consolidando uma jurisprudência que passou a ser aplicada por juízes e repetida pelos tribunais de todo o país.

A Lei dos Crimes Hediondos, atualmente é, considerada uma das piores disposições legais já editadas no Brasil, violando uma série de garantias individuais que a própria Constituição consagrou, para tanto, foi incluída na pauta do dia 26 de agosto de 2004 para discussão acerca de sua constitucionalidade, porém tal discussão foi adiada por prazo indeterminado.

Questão também relevante diz respeito ao fato do artigo 9º da Lei 8072/90, conter disposições tidas como inconstitucionais, pois, ofenderia tanto o princípio da individualização da pena como também, o princípio da legalidade.

No tocante ao princípio da individualização, o ilustre doutrinador ALBERTO SILVA FRANCO, entende revelar-se este de total inocuidade, “pois, não se pode admitir que o legislador infraconstitucional, através de Lei ordinária, frustre o núcleo fundamental de um direito essencial do cidadão”.

Já no que tange o princípio da legalidade, entende tal doutrinador ocorrer a dupla punição, ou seja, o *bis in idem*, citando TEREZA SERRA¹, a qual entende que “Os elementos do tipo de crime foram já ponderados no âmbito da determinação da moldura penal e, desse modo, constituem já pressupostos da medida concreta da pena, que há de ser escolhida dentro dos limites daquela moldura, sem que os referidos elementos a possam voltar a influenciar”.

No âmbito da jurisprudência, há decisões tanto no sentido da constitucionalidade como da inconstitucionalidade do artigo 9º desta famigerada lei.

A favor da constitucionalidade podemos citar a ementa de um julgado do TJSP:

¹ SERRA, TEREZA. “Homicídio qualificado” – Tipo de culpa e medida da pena – p. 101/104, 1990.

“O art. 9º do diploma legal acima mencionado nada tem de inconstitucional.

O fato de determinar esse dispositivo o aumento de metade da pena, em casos de delitos praticados contra crianças, não impossibilitou, *in casu*, a individualização da reprimenda pelo digno julgador.

Aliás, aumentos que tais também estão previstos noutros dispositivos do Código Penal, sendo certo que ninguém jamais os declarou inconstitucionais” (TJSP – AC 117.327-3/1 – Rel. Denser de Sá).

Contrário sensu, entende outra parte da doutrina ser inconstitucional tal artigo e fundamenta-se no seguinte sentido:

Aplicação do art. 9º da Lei 8.072/90 fere o princípio da individualização da pena consagrado no art. 5º, inciso XLVI, da CF. A utilização de um mesmo fato para mais de uma vez agravar a sanção punitiva constitui exercício duplo do *ius puniendi* num verdadeiro desrespeito ao princípio do *bis in idem*. Apelo parcialmente provido. (AC 95.00865-9 –Rel. Ximenes Rocha).

A doutrina é quase que unânime na crítica a tal Lei. Nesse sentido, TOURINHO FILHO² afirma:

"Uma leitura de todo aquele diploma legal mostra, à evidência, que os responsáveis pela sua elaboração estavam despreparados (...). Entendemos, assim, em face desses diplomas que vão surgindo sem maiores reflexões, deva o Judiciário, às vezes, decidir 'contra legem', corrigindo, desse modo, os clamorosos desalentos do legislador...".

CÉSAR DE FARIA JÚNIOR³, diz sobre a Lei em questão; "lei surgiu, sem dúvida, como exigência da sociedade insegura e alarmada com o crescimento dos índices de criminalidade".

Para o Desembargador SILVA LEME⁴, tal diploma “foi elaborado com a finalidade inequívoca de agravar sanções e excluir mercês legais".

² TOURINHO FILHO, **Processo Penal**, vol. 3, 1992.

³ JUNIOR, CÉSAR DE FARIA, **Crimes Hediondos, a nova lei**, Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, 1990, v. 3, nº 4, pág. 27, nº 6.

⁴ HC 99.872, 3ª Câ. Crim. do TJSP, em 05.11.90

3. PONTOS CONTROVERTIDOS E POLÊMICOS DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

Quatorze anos após ser sancionada, muita polêmica ainda existe a respeito deste diploma legal, a crítica que se fórmula para cogitar até mesmo a inconstitucionalidade de alguns de seus dispositivos, é disposta principalmente no seu artigo 2º, onde tal discrepância é mais aberrante no inciso II e o § 1º, conforme demonstrado a seguir:

Art. 2º - Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I – anistia, graça e indulto;

II – fiança e liberdade provisória

§ 1º - A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

3.1. QUANTO A LIBERDADE PROVISÓRIA:

Com a leitura do artigo supra descrito notamos que este faz referência à vedação estabelecida na lei de que seja concedido ao réu, acusado de um dos crimes enumerados no art. 1º da lei, o instituto da liberdade provisória.

Aqui pode ser observado que a lei ultrapassou os limites traçados pela Constituição, bastando confrontar os dispositivos para verificar que o legislador constituinte simplesmente privou o acusado de crime hediondo da possibilidade de livramento mediante o pagamento de fiança e o fez insuscetível de graça ou anistia.

A Constituição não menciona em momento algum a respeito da liberdade provisória, sendo essa uma inovação do legislador ordinário o qual, ultrapassou a competência que lhe foi conferida pela Constituição de 1988, desconsiderando o princípio constitucional da presunção de inocência previsto no artigo 5º, LVII da atual Carta Magna, pois, a lei estabeleceu como regra o que é exceção, a custódia processual, que é um instrumento de que se vale a ordem jurídica em casos de justificada necessidade, para assegurar a instrução criminal, a ordem social e outros valores que a liberdade do acusado pode vir a ameaçar. Restando, também violados, os

incisos LIV, LV e LXI do mesmo dispositivo constitucional, que constituem os pilares de sustentação do ordenamento em matéria de processo penal.

Portanto, mesmo que o acusado preencha os requisitos exigidos em lei para a obtenção da liberdade provisória, ou haja nos autos indícios de sua inocência, por tal reprovação e repudia a conduta praticada pelo agente, este ficará retido no estabelecimento prisional que se encontrar.

Com tal disposição qualquer ação empregada pela autoridade pública, no sentido de manter custodiado o acusado de crime hediondo estará devidamente respaldada na lei.

O professor e juiz federal RIBEIRO FILHO⁵, em seu artigo escrito para uma revista jurídica traz um exemplo, o qual merece ter um trecho transcrito e observado quanto aos efeitos que a Lei 8072/90 pode vir a trazer.

“Em termos práticos, podemos citar fatos recentes noticiados na imprensa, dando conta de que proprietários de veículos furtados ou roubados no Brasil, tinham seus carros levados para o Paraguai e posteriormente induzidos a irem àquele país conseguí-los de volta, sendo que no retorno para o Brasil, ao volante de seus preciosos veículos recuperados, inocentemente, traziam escondidas debaixo dos assentos, farta quantidade de drogas.

As autoridades policiais acabaram por apurar que esses menos atentos brasileiros foram usados como transportadores de substâncias entorpecentes.

Pois bem, imaginemos a situação de uma dessas pessoas, que em viagem de volta ao Brasil, sofresse uma revista em "batida" policial de rotina e fosse encontrada a droga oculta no assento de seu automóvel, provavelmente todo aquele procedimento legal antes mencionado seria deflagrado, porque os argumentos defensivos desse cidadão, de que ignorava a existência da droga, de que fora enganado e etc., não devem e nem podem ser objetos de discussão em uma Delegacia de Polícia, mesmo porque, se assim fosse, em outros casos intencionais, os criminosos flagrados sempre iriam, maliciosamente, contar a mesma estória e seriam liberados; mas voltando a questão do nosso cidadão honesto ludibriado, ele só poderia discutir sua inocência em um processo judicial, e ainda que conseguisse, de plano, provar a sua inocência, só seria solto após a sentença absolutória, no final do processo, o que é um absurdo jurídico!!!”

Nesse sentido, a melhor doutrina e a maior parte da jurisprudência de nossos Tribunais já deixou consignado que a prisão preventiva tem seus pressupostos delimitados em lei, não sendo a gravidade do delito justificativa plausível para a sua decretação.

⁵ ALCIDES MARTINS RIBEIRO FILHO, in Revista Jurídica Consulex n.º 06/97.

3.2. QUANTO AO O REGIME PROGRESSIVO

O legislador veio fixar que "a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado" (art. 2º, § 1º, Lei 8072/90).

Em nosso sistema penal o regime de pena é progressivo, sendo assim, o condenado, através do seu comportamento carcerário, vai evoluindo gradativamente e com isso conquistando novo regime, piorando seu comportamento, retornará ao ponto de partida ou a uma fase anterior.

Assim, com tal parágrafo faz com que o condenado permaneça com seu regime prisional parado, durante todo o cumprimento de sua pena, no regime fechado, e isso, significa verdadeira aberração, gerando desespero e desesperança, talvez contribuindo para que haja revoltas e rebeliões nas penitenciárias.

CAPÍTULO II

1. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CRIME DE ESTUPRO

1.1. RELATOS HISTÓRICOS DO CRIME DE ESTUPRO

1.1.1. No Direito Romano

No direito romano a expressão estupro significava desonra, vergonha e foi empregada para designar atos impudicos praticados em homens ou em mulheres. Tal conceito era usado para designar as várias formas de relações ilícitas como o adultério dentre outras.

Dessa forma, o ficou colimado que o estupro somente se daria se a vítima fosse viúva, desde que esta fosse honesta, virgem ou infante, enquanto que o ato praticado com mulher casada caracterizar-se-ia como adultério. Não havia a confusão entre estupro e adultério, pois, possuíam pressupostos diferentes, principalmente quanto ao estupro. Neste, havia a separação entre *Stuprum nom violentum*, o qual caracterizava-se pela não violência, pela defloração ilícita de pessoa virgem ou viúva honesta e ainda pelo ato sexual com infante enquanto que o *Stuprum violentum*, era caracterizado pela cópula não consentida e não permitida contra a mulher.

Quanto à aplicação das penas em ambas as formas de estupro, no direito romano, aplicava-se à pena de morte a quem praticasse o *Stuprum violentum* por força da *Lex Julia de vi publica*, e para quem praticasse o *Stuprum nom violentum* teria sua pena aplicada conforme fosse sua condição de réu.

A mulher que fosse vítima do estupro violento não tinha sua honra afetada, podendo casar-se normalmente tendo em vista o fato desta não incorrer em infâmia, traduzida pelo ensinamento disposto no *Codex*, assim entende MESTIERI⁶, “As leis punem o grave malefício de as mulheres se entregarem aos prazeres alheios, mas não a irrepreensível vontade daquelas estupradas por força, já que é de nosso agrado tenham ilibada reputação e merecidamente não se vejam impedidas de matrimônio”.

⁶ Mestieri, João. **Do delito de estupro**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

O já mencionado autor, em sua obra também cita o “*Stuprum cum masculis*”, o qual também era distinguido entre de duas formas: a violenta e a consentida.

Na forma violenta havia a tipificação de um *crimen vis*, enquanto que a forma consentida foi apenada mais severamente por visar a sodomia, que era a relação homossexual entre as pessoas.

1.1.2. No Império

Com o advento do império surge a *Lex Scantinia*, que tinha seu significado na palavra tributo, a qual previa pena pecuniária ao agressor.

Na idade média, era feita a distinção entre o *Stuprum violentum* e o *Stuprum voluntarium*.

O *Stuprum voluntarium* subdividia-se em duas modalidades, sendo uma o *stuprum simplex*, que seria próprio se no caso ocorresse a defloração e impróprio se não ocorresse, e outra era o *Stuprum qualificatum* que abrangia certas modalidades de violência além da fraude e da sedução.

1.1.3. Nas Ordenações Filipinas

Nas ordenações Filipinas o estupro era reparado com o casamento, caso contrário deveria pagar certa quantia pecuniária a qual era estabelecida pelo legislador e necessária para a formação do dote, devendo ser observada a condição da vítima, mas, note-se que isso tinha validade para o estupro voluntário de mulher virgem conforme entendimento de MESTIERI.

Caso não fosse fidalgo ou não possuísse bens para reparar o mal causado a vítima, o autor do estupro seria punido com pena de açoitamento ou degredação, porém, se fosse este de descendência fidalga apenas seria degredado até o perdão do Rei.

Fosse praticado sob a forma violenta, as Ordenações Filipinas previam a morte do autor, independentemente de ser a vítima mulher honesta ou prostituta, aplicando-se aos cúmplices a mesma pena.

O estupro violento também era chamado de *rauso*, *rousso* ou *forçamento* e o casamento com a vítima não era causa de extinção da punibilidade e da mesma forma não tinha relevância o consentimento da vítima após a consumação do fato.

1.1.4. Notícia histórica do crime de estupro no Brasil

1.1.4.1. No Império

Era tratado no capítulo que tratava dos Crimes contra a segurança da honra, onde era disposta a tipificação de vários crimes sexuais sob a genérica nomenclatura de estupro, e o próprio delito de estupro era tipificado no artigo 222 do Código Criminal do Império.

“Art. 222. Ter copula carnal, por meio de violencia ou ameaças, com qualquer mulher honesta.

Penas – de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida.

Si a violentada for prostituta.

*Penas- de prisão por um mez a dous annos”.*⁷

Este mesmo código protegia a mulher menor de dezessete anos, deixando de ser punido o agente que praticasse o crime com mulher de igual ou maior idade a esta prevista, fato que causou grande indignação da população em geral, fazendo com que os legisladores viessem a rever essa questão.

Questão de grande complexidade também foi discutida no âmbito da vítima ser menor de dezessete anos e virgem, caso em que seriam aplicados os tipos penais de defloramento cumulativamente com o de estupro. Tal discussão foi resolvida pelo poder executivo, que decidiu ser aplicada a cominação legal do crime de estupro sendo imposto um agravamento do delito pelo defloramento da vítima.

⁷ Araújo Figueiras Jr., **Código Criminal do Império do Brasil**, Rio, 1876, pgs. 243 e 244, *op. cit.* Mestieri, João. **Do delito de estupro**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais

1.1.4.2. Na República

No código de 1890, o crime de estupro era previsto no capítulo que tratava “Da Corrupção de Menores, dos Crimes Contra a Segurança da Honra e Honestidade das Famílias e do Ultraje Carnal”, no capítulo I, que dispunha “Da Violência Carnal”. Havia diferença na aplicação da pena quanto a prática do delito contra mulher honesta e a prostituta, e tal diferença era disposta nos artigos 268 e 269 do mesmo Código.

O artigo que tratava do estupro contra mulher honesta era o 268 enquanto que o 269, tratava do crime praticado contra mulher não honesta, onde eram compreendidas as prostitutas.

“Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:

Pena – de prisão celular por um a seis annos.

§1º. – Si a estuprada for mulher publica ou prostituta:

Pena – de prisão celular por seis mezes a dous annos.

§2º. – Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte”.

“Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não.

Por violência entende-se não só o emprego de força physica como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anesthesicos e nartoticos”.

Já no código penal de 1940, o qual ainda vige até hoje, o crime de estupro é tratado no capítulo atinente aos Crimes contra os Costumes, no capítulo I, o qual trata dos Crimes contra a liberdade sexual, em seu artigo 213, o qual dispõe o seguinte:

Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena – reclusão de seis a dez anos.

Como pode ser observado no atual ordenamento o legislador expôs o tipo de maneira simples e com grande precisão, com a finalidade de evitar qualquer questionamento que possa surgir a respeito do delito em questão.

1.2. CONCEITOS

O delito de estupro hoje é tratado como crime hediondo, sendo tal classificação atribuída ao advento da Lei n.º 8.072 de 25 de julho de 1990, em conformidade com o artigo 5º da CF/88, definiu uma série de crimes sujeitando o autor a severas consequências no âmbito penal e processual penal.

A conceituação doutrinária aplicada ao crime de estupro é bem ampla. Ao analisarmos os conceitos aplicados por diversos autores podemos analisar melhor o tema.

DAMÁSIO E. DE JESUS classifica-o como crime de mera conduta, pois, considera que o tipo penal só menciona o comportamento do sujeito, não prevendo o resultado naturalístico.

CELSO DELMANTO⁸ diz que “estupro é a posse por força ou grave ameaça, supondo dissenso sincero e positivo da vítima, não bastando recusa meramente verbal ou oposição passiva e inerte” (TJSP, RT 488/336). É o constrangimento a cópula normal (TJSP, RTV488/337).

NELSON HUNGRIA⁹, o define da seguinte maneira: “Estupro (*viol, Notzucht, violenza carnale, violación*) é a obtenção da posse sexual da mulher por meio de violência física ou moral, ou, para nos afeiçoarmos ao texto legal, o constrangimento de mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Não é o estupro senão uma forma especial de constrangimento ilegal (art. 146) trasladada para o setor dos crimes contra os costumes”.

MAGALHÃES NORONHA¹⁰, ao definir o crime de estupro faz referência a CARRARA, que assim o define: “*Conoscenza carnale di donna libera e onesta, preceduta da seduzione Vera o presunta, e non accompagnata da violenza*”.

⁸ Delmanto, Celso. **Código Penal Comentado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

⁹ Hungria, Nelson. **Comentários ao Código Penal**.

¹⁰ Noronha, Magalhães. **Direito Penal**.

1.3. QUANTO AO SUJEITO ATIVO

MARIA STELLA VILLELA S. L. RODRIGUES¹¹, diz, em sua obra, sobre o sujeito ativo que este é o homem.

Sujeito ativo, no dizer de MIRABETE, “é aquele que pratica a conduta descrita na lei, ou seja, o fato típico”.

Tal definição, todavia, desconsidera a freqüente hipótese do concurso de pessoas, previsto no art. 29 do Código Penal Brasileiro. Segundo esse, pratica o crime quem, de qualquer modo, concorre para a sua configuração. Com efeito, há agentes que, apesar de não praticarem literalmente a conduta prevista no tipo, têm participação determinante ou apenas acessória no desenvolvimento das fases do crime.

Muitas divergências na doutrina pátria há no tocante à diferenciação entre autor e partícipe. Para alguns, não há qualquer diferença, vez que todos são autores, conforme entendimento da Teoria extensiva. Para outros, o autor é tão-somente o executor material, esse é o entendimento da Teoria restritiva.

Atualmente, vem surgindo a Teoria do domínio do fato, de DAMÁSIO E. DE JESUS¹², segundo a qual "Autor é quem tem o controle final do fato, domina finalisticamente o decurso do crime e decide sobre sua prática, interrupção e circunstâncias".

Diferentemente do autor, o partícipe não tem o domínio do fato, na medida em que o delito não lhe pertence, aparecendo apenas como um colaborador, que instiga, auxilia ou incita a configuração do crime. Assim, seu comportamento é dispensável, substituível, dentro da cadeia dos atos ilícitos, e, por isso, contrariando, parcialmente, a moderna estrutura do crime, não há que se falar, dentro da análise do fato típico, em nexo de causalidade com relação a partícipes.

Nesse sentido, DAMÁSIO E. DE JESUS escreve, na obra Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas, o seguinte:

¹¹ Maria Stella Villela S. L. Rodrigues, **ABC do Direito Penal**, 11a ed., pág. 284.

¹² Damásio E. de Juesus. **Teoria do Domínio do Fato**, 1999. pág. 17.

“Na verdade, o princípio do nexo causal só pode servir à consideração do fato cometido pelo autor material. Mas não se presta às outras formas do concurso de pessoas, que devem ser regidas pelo dogma da tipicidade.” (...)

“(...) o partícipe responde pelo fato ainda que sua contribuição não seja causal. Se causal, como veremos, detendo o domínio o fato, não será considerado partícipe, e sim co-autor” (...)

"A participação está ligada à tipicidade e à conduta e não ao nexo de causalidade".

Diante do anteriormente exposto, concluímos que a maioria da doutrina entende que apenas o homem pode ser sujeito ativo, uma vez que somente ele pode manter conjunção carnal.

Não obstante o fato de só o homem poder ser agente executor do crime de estupro, nada impede que a mulher também possa atuar como partícipe, por mandado, instigação ou tendo auxiliado nos atos executórios.

Questão curiosa pode surgir no caso do sujeito ativo ter sua punibilidade extinta no curso do processo em decorrência de sua morte e havendo co-réus o que viria a acontecer com estes? Tal benefício estender-se-ia aos co-réus?

Nesse sentido, decidiu o TJRJ¹³ que os co-réus devem ser punidos pelos atos participativos que tiveram.

1.4. OBJETO JURÍDICO

A essência do crime é o uso da violência na prática do ato sexual indesejado, visando proteger esse direito da mulher dispor de seu corpo da melhor maneira que entender, o legislador, sendo elementos fundamentais à consumação do crime a conjunção carnal e a violência.

Assim, o bem protegido é a liberdade sexual da mulher, ou seja, o direito desta dispor de seu corpo.

¹³ TJRJ – Ap. – Rel. Afranio Syão Antunes – j. 07.04.1998 – *Bol. IBCCrim* 77/345.

1.5. ELEMENTOS DO TIPO PENAL

Como elementos do tipo penal podemos classifica-los como objetivos, normativos e subjetivo.

1.5.1. Elementos Objetivos do Tipo

Nas palavras de MIRABETE em seu manual de Direito Penal, quando refere-se ao tipo objetivo, aduz que “a conduta típica no crime de estupro é manter conjunção carnal por meio de violência ou grave ameaça. Conjunção carnal, no sentido da lei, é a copula vagínica, completa ou incompleta (RT 590/333) entre homem e mulher”.

1.5.1.1. O verbo constranger

Constranger significa forçar, obrigar, sendo, assim, necessário o dissenso da vítima, ou seja, para que o crime esteja configurado deve haver a resistência inequívoca da vítima, explicitando o desejo de evitar o ato. Exige-se que a vítima se oponha com veemência ao ato sexual. Destarte, a negativa tímida, bem como o silêncio descaracterizam o estupro.

1.5.1.2. O sujeito passivo

Somente a mulher pode ser sujeito passivo do crime de estupro, independentemente de sua conduta perante a sociedade, ou seja, não importa que se trate de mulher honesta ou prostituta; ou ainda, mulher virgem ou deflorada; ou mesmo casada, solteira, viúva ou divorciada etc.

Isto porque a mulher é senhora de seu corpo, podendo dele dispor como quiser, entregando-se a quem bem entender.

O código deixa bem claro que pouco importa as virtudes morais da vítima, e nesse sentido manifestou-se o TJMT¹⁴ dizendo: “É Irrelevante à existência do estupro

¹⁴ TJMT – AC – Rel. Elon Carvalho – RT 700/355.

o estado ou qualidade da vítima: solteira, casada, virgem ou não, honesta devassa ou prostituta, porque em qualquer caso, tem a mulher direito à tutela da lei, visto que a proteção se dirige ao direito de livre disposição do próprio corpo”.

Sendo a vítima mulher menor sem o desenvolvimento do órgão sexual não haverá a qualificação do crime como estupro, mas sim, como atentado violento ao pudor, pois a vítima não tem condições de manter conjunção carnal, nesse sentido entende o Tribunal de Justiça de São Paulo que a mulher na fase pré-pubertária, ou seja, com idade entre sete e oito anos, não pode ser vítima de estupro, por ser totalmente insuficiente para a prática da conjunção carnal.

Cabe observar que o travesti, por não possuir vagina não poder sofrer conjunção carnal, conseqüentemente, não poderá jamais ser sujeito passivo do crime de estupro.

O mesmo se aplica ao transexual, que após se submeter a cirurgia de retirada do membro viril vai a delegacia de polícia dizendo que foi estuprado, trata-se de um fato impossível de ocorrer, pois o transexual não possui vagina natural, a qual é mister para a consumação do crime de estupro, adentrando então no crime tipificado no artigo 214 do Código Penal, atentado violento ao pudor.

1.5.2. Elementos normativos do tipo

1.5.2.1. Conjunção carnal

Trata-se da cópula normal, ou seja, o relacionamento sexual normal entre homem e mulher, com a penetração, completa ou incompleta, do órgão masculino na cavidade vaginal. Note-se que a lei deixa claro que outros atos libidinosos ou relações sexuais anormais, como o coito anal, oral, não configuram o crime ora comentado. Importa ainda ressaltar a não exigência de desvirginamento e ejaculação.

HELIO GOMES¹⁵ define conjunção carnal como sendo “a cópula fisiológica, é a introdução do membro viril na vagina, pouco importando tenha sido a introdução

¹⁵ GOMES, Helio. **Medicina legal**. 31ª ed. Rio de Janeiro. Ed: Livraria Freitas Bastos, 1994

completa ou incompleta; tenha ou não havido ejaculação; tenha ou não havido rotura do hímen”.

Assim, conjunção carnal é a introdução total ou parcial do pênis em ereção na vagina, sendo desnecessária a ocorrência de ejaculação, posto que tal penetração não deve ter sido consentida, e se a mulher, constrangida a este tipo de cópula diante de uma ameaça, permitir o coito, assim mesmo é ato de violência.

Deve-se lembrar que o coito vestibular, sem a penetração do pênis na vagina, desde que dele resulte gravidez, também caracteriza juridicamente a conjunção carnal, e permite o reconhecimento do estupro (JTACrimSP, 54:403).

O fato de ter ocorrido ou não penetração, não diminui em nada a violência e não descaracteriza o crime. Houve toda uma seqüência de atos e fatos não consentidos que determinaram uma quase penetração. A decisão recente do STF, a Ministra ELLEN GRACIE¹⁶, ao julgar um *habeas corpus*, se refere ao dano psicológico inerente ao ato de agressão, e nesse caso os danos emocionais não serão menores pelo fato de ter havido ou não penetração.

“HABEAS CORPUS. ESTUPRO. CRIME HEDIONDO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1º, V E 2º, § 1º, AMBOS DA LEI Nº 8.072/90. CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. IMPOSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO. FORMAS SIMPLES E QUALIFICADA. ANÁLISE SISTÊMICA E GRAMATICAL. VIOLÊNCIA DE GÊNERO. CONSEQUÊNCIAS BIOLÓGICAS, PSICOLÓGICAS E SOCIAIS DO ESTUPRO QUE FAZEM DELE UM COMPLEXO PROBLEMA DE SAÚDE PÚBLICA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE LEVAM À CONCLUSÃO DE QUE NÃO EXISTE ESTUPRO DO QUAL NÃO RESULTE LESÃO DE NATUREZA GRAVE. ESTATÍSTICAS. CONCEITO DE LESÃO CORPORAL. 1. A Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, ao relacionar quais os delitos considerados hediondos, foi expressa ao referir o estupro, apondo-lhe, entre parênteses, a capitulação legal: art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único. Pretendeu o legislador, atento à efetiva gravidade do crime, ao utilizar-se da conjunção coordenativa aditiva, significar que são considerados hediondos: (1) o estupro em sua forma simples que, na definição legal, corresponde a: constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça; (2) o estupro de que resulte lesão corporal de natureza grave e (3) o estupro do qual resulte a morte da vítima. 2. Revogação tácita, pela Lei nº 8.072/90, que impôs penas mais severas ao crime de estupro, do parágrafo único incluído no art. 213 do Código Penal pela Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). 3. Estupro: crime que, por suas características de aberração e de desrespeito à dignidade humana, causa tamanha repulsa que as próprias vítimas, em regra, preferem ocultá-lo, bem como

¹⁶ HC 81360 / RJ – Primeira Câmara – Rel. Min. ELLEN GRACIE – DJ DATA: 19/12/2002 PP-00071 EMENT VOL-02096-02 PP-00404.

que a sociedade, em geral, prefere relegar a uma semiconsciência sua ocorrência, os níveis desta ocorrência e o significado e repercussões que assume para as vítimas. Estatísticas de incidência que, somadas às consequências biológicas, psicológicas e sociais que acarreta, fazem desse crime um complexo problema de saúde pública. Circunstâncias que levam à conclusão de que não existe estupro do qual não resulte lesão de natureza grave. 4. O conceito de lesão corporal, na lição de Nelson Hungria, não abrange apenas consequências de ordem anatômica, mas compreende qualquer ofensa à normalidade funcional do corpo ou organismo humano, seja do ponto de vista anatômico, seja do ponto de vista fisiológico ou psíquico, o que abrange a desintegração da saúde mental. 5. Ordem denegada.”

1.5.2.2. Violência ou grave ameaça

Tal elemento pode, então, assumir a forma de violência física, moral e psíquica, além da presumida, a qual será tratada adiante em tópico separado. Na violência física, deve haver o emprego de força física necessariamente contra a vítima, não valendo, pois, para a caracterização do estupro, violência contra coisas ou terceiras pessoas. Por sua vez, na violência moral, há a ameaça, que deve ser séria, grave, realizável e, por conseguinte, capaz de impor medo à vítima a ponto de fazê-la ceder.

A Grave ameaça é uma forma de violência cuja característica é o constrangimento psíquico, sob a forma de violência moral, emocional ou afetiva, visando vencer a resistência da vítima e levá-la, pelo temor ou pelo possível perigo iminente, à conjunção carnal, contra sua vontade, sendo assim, tal ameaça deve ser grave, factível, de dano provável, contra si ou contra um ente querido, ou de grave dano material que venha deixar a mulher sem chances de opor resistência.

A ameaça, diferentemente, do que ocorre na violência física, pode ser dirigida a terceira pessoa, consistindo, em tal caso, em mal prometido a pessoa ligada à ofendida, fazendo com que essa ceda para evitar a concretização de tal ameaça. Independe a justiça ou injustiça do mal ameaçado.

1.5.3. Elemento subjetivo do tipo

Não traz a lei qualquer fim especial almejado pelo agente. Dessa forma, a análise subjetiva do ilícito está restrita à vontade de constranger, obrigar, forçar a mulher com o desejo de manter conjunção carnal com a vítima.

Tal elemento é fundamental na apreciação do estupro, porquanto é definitivo na apreciação das possíveis condutas: tentativa de estupro e atentado violento ao pudor, quando os atos preparatórios poderão ser os mesmos. Nesses casos, somente a intenção do agente determinará o enquadramento penal. Assim o é quando: caso um agente seja surpreendido por policiais quando ameaçava gravemente mulher à prática sexual.

O enquadramento penal nessa situação, em querendo o autor manter conjunção carnal, haveria tentativa de estupro, caso contrário, desejando relação anal ou oral, ou qualquer ato que não a conjunção carnal, haveria a tentativa de atentado violento ao pudor.

1.6. A DIFERENCIAÇÃO ENTRE O CRIME DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR

Freqüentemente confunde-se a figura legal do estupro com o atentado violento ao pudor. Ambos são praticados mediante violência, sem o consentimento da vítima. O atentado violento ao pudor também se tipifica através de inúmeras modalidades de satisfação da libido.

Embora pertencentes ao mesmo gênero de crimes não são considerados da mesma espécie, pois no estupro o agente vale-se da violência ou da grave ameaça para obter conjunção carnal enquanto que no atentado violento ao pudor o fim é a perversão com fins a satisfazer sua lascívia.

Ambos os crimes tem como requisito comum a violência ou grave ameaça, porém, a diferença é meramente técnica e reside em que a penetração pode ser anal ou oral no atentado violento ao pudor, diferente do estupro que admite apenas a penetração vaginal.

Não parece ter muito sentido fazer esta distinção, uma vez que é a mesma violência física e emocional, e ambas acarretaram danos semelhantes.

1.7. FORMAS QUALIFICADAS

Art. 223. Se da violência resulta lesão corporal grave:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

Parágrafo único. Se o do fato resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 25 (vinte e cinco) anos.

Previu o Código, no presente artigo, o caso em que da violência resulta para a vítima lesão corporal grave ou morte, fazendo, na primeira hipótese, a pena variar de oito a doze anos, e, na segunda, de doze a vinte e cinco, considerando essas hipóteses como formas qualificadas de crimes contra os costumes.

Refere-se o legislador a *violência* como veículo de outro delito, porém, no parágrafo, invoca o *fato*, do qual provém a morte da vítima. Não obstante empregar expressões diferentes, a disposição se refere em ambos os casos à mesma coisa: a violência. Não se pode, assim, tomar a expressão usada no parágrafo com um sentido mais amplo do que o fornecido pela usada no artigo. É que em ambas as formas a lei considerou exclusivamente a violência como requisito do qual sobrevém o delito.

A lei teve em vista exclusivamente os casos de lesões graves e morte, resultantes da violência do agente. É excluída a lesão leve, que então considera como elementar da violência empregada.

Todavia é certo que a disposição, pelo correlativo tratamento penal - e somente por ele, pois, o artigo nada elucida - encerra formas preterdolosas, em que o resultado morte ou lesão grave não é querido nem mesmo eventualmente pelo sujeito passivo.

Conseqüentemente, se na prática de um dos delitos sexuais violentos o agente quer direta ou eventualmente a morte da vítima, haverá concurso de homicídio com um dos crimes contra os costumes, o mesmo devendo dizer-se a respeito da lesão grave.

Entretanto, se a prova indica que tais resultados sobrevieram sem que o sujeito ativo os quisesse direta ou eventualmente, ocorrerá uma das hipóteses do artigo em exame. Excetua-se naturalmente o caso fortuito.

Nesse sentido a jurisprudência se manifesta conforme podemos observar abaixo:

“A violência prevista no art. 223 do CP, que agrava o crime sexual , não se extravasa da empregada na prática do mesmo crime, simples força coativa a não carregar consigo, de começo mostra da intenção de ferir ou matar. Os derradeiros, então, aparecem imprevisivelmente, majorando, tão-só, as penas do delito, que continua sempre aquele de início, de violência sexual, mas, quando despontam ao lado dele os ferimentos ou a morte, não das condições acima, e sim determinadamente, com presença indiscutível do dolo específico de ferir ou matar, não há senão enxergar no caso um concurso material de delitos” (RT 381/64).

“Se o agente tiver querido (ou assumido o risco de produzir) o resultado mais grave, a morte da vítima, não tem aplicação o art. 223, parágrafo único, do Código Penal. Neste caso haverá o concurso material entre o crime sexual e o homicídio” (RT 458/340).

1.8. A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA DO ART. 224

A violência presumida dar-se-á nos casos em que a vítima for menor de quatorze anos, for alienada ou débil mental ou ainda, quando não puder, por qualquer outra causa, oferecer resistência à violência contra si empregada.

Tal presunção origina-se da menor possibilidade de defesa que tem vítima, assim, maior se torna então a defesa pública, através da lei, onde a defesa particular inexistente ou é por demais precária.

O artigo 224 do Código Penal traz os casos de violência presumida.

Ponto muito criticado é quanto ao critério de fixação de determinado limite de idade da vítima para ocorrência da presunção de violência.

A lei penal brasileira segue a grande maioria das legislações, marcando um limite abaixo do qual não aceita a adesão ou o consentimento do menor, tendo-o antes como violentado pelo sujeito ativo do crime, para tanto fundamenta tal entendimento

na *innocentia consilli* do ofendido, assim entende o legislador que alguém com menos de 14 anos não pode ter consciência acerca de fatos sexuais e suas consequências.

Porém, tal presunção não é absoluta, pois, admite prova em contrário e, nesse sentido, entende grande parte da doutrina que se a menor mostrar-se experiente na prática sexual, já tendo praticado relações com outros indivíduos ou apresentar péssimo comportamento, desconfigurada estaria a presunção de violência.

“A simples circunstância de a vítima ser menor de 14 anos não basta para que se afirme como caracterizado o estupro, sendo relativa a presunção de violência” (tjsp – Ap. Rel. Marcos Zanuzzi – j. 24/10/1996 – RT 738/606).

Contrário sensu, outra parte da jurisprudência entende que não invalida o crime o fato de a ofendida não ser mais virgem, ser leviana ou namorada.

“Em todo relacionamento sexual com menor de 14 anos é presumida a violência, de modo que o congresso sexual normal com menina em tal faixa etária caracteriza o crime em questão” (TJRS – AC - Rel. Jorege Alberto de Moraes Lacerda – RT 613/371).

ALBERTO SILVA FRANCO¹⁷ em sua obra cita os ensinamentos de MAGALHÃES NORONHA dizendo que, “tal presunção deixa de ocorrer quando o agente crê sinceramente que a ofendida é maior de 14 anos”.

No mesmo sentido, FRAGOSO¹⁸ diz em sua obra que “o erro plenamente justificado sobre a idade da vítima exclui sua aplicação” onde entende não ser absoluta a presunção a violência, pois, o erro plenamente justificado exclui a aplicação desta.

Por fim, entende NORONHA¹⁹ que “se o agente está convicto, se crê, sinceramente que a vítima é menor de quatorze anos, não ocorre a presunção. Não existe crime, porque age de boa fé”.

Quanto a questão da debilidade mental e alienação da vítima deve-se observar que Alienação compreenderia não só a loucura da vítima, assim, NERIO ROJAS,

¹⁷ FRANCO, ALBERTO SILVA. **Crimes Hediondos: notas sobre a Lei 8.072/90**. 3ª ed.

¹⁸ Fragoso, Cláudio Heleno. **Lições de Direito Penal**, vol. II, pg. 543.

¹⁹ Noronha, Magalhães. **Direito Penal**, 4ª ed., vol. 3, pág. 221.

pesquisador da Universidade de Buenos Aires, estudando a alienação dividiu-a em quatro elementos: perturbação mental, falta de autoconsciência, inadaptabilidade e ausência de utilidade.

Classifica-se alienado como sendo o indivíduo distinto de si mesmo e diferente dos demais, não possuindo capacidade ética do ato a que o consente tendo em vista isto, a lei protege a debilidade mental, mas, para tanto, deverá o agente estar ciente acerca da doença do sujeito passivo, caso em que se faz necessária a prova pericial.

Ainda há presunção de violência se a vítima não puder, por qualquer outra causa, oferecer resistência, pouco importando que a causa seja obra do agente ou não, é necessário, entretanto, que seja provada a impossibilidade completa de resistência, enquadrando-se como exemplos a enfermidade, paralisia dos membros, idade avançada, excepcional esgotamento, sono mórbido, desmaios, estado grave de embriaguez alcoólica, intoxicação via entorpecentes, dentre outros.

Completando o estudo sobre o tema da presunção de violência, entende MIRABETE, que deve ser aplicada tal causa de aumento de pena apenas no caso de haver contra a vítima violência real ou ameaça, jamais nos casos de violência presumida, pois, segundo as palavras deste autor, “neste caso haveria um *bis in idem* em considerar a presunção de violência, que é ‘elemento’ do crime na ausência de violência real ou ameaça, conjuntamente como ‘causa de aumento de pena’; um mesmo fato não pode ser, ao mesmo tempo elemento e circunstância do crime”.

Relativo a questão do *bis in idem*, os tribunais tem decidido que a presunção de violência só se aplica quando houver algum dos casos do artigo 223 caput ou do § único, ou seja, quando desta lesão resultar lesão corporal de natureza grave ou morte.

Contrariamente é o entendimento do Supremo Tribunal Federal que vem decidindo no sentido da não existência do *bis in idem*, sob o argumento de que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor independem da idade da vítima, dependendo apenas de violência real ou ficta e que o agravamento da pena aplica-se ao caso, entre outros, em que a vítima é menor de quatorze anos.²⁰

²⁰ RT 751/530.

1.9. PENA E AÇÃO PENAL

O art. 213 do CP prevê, para a forma simples de estupro a pena de reclusão, de seis a dez anos, no entanto, se resultar lesão corporal de natureza grave, reclusão de oito a doze anos (art. 223, caput); em caso do resultado morte será de doze a vinte e cinco anos.

A pena é aumentada de quarta parte no caso de concurso de pessoas, se o sujeito ativo é casado ou apresenta relações especiais com a vítima (art. 226).

Encontrando-se a vítima nas condições do art. 224 do CP, a pena será agravada da metade, nos termos do art. 9º da Lei nº 8,072/90.

1.9.1. A ação penal privada nos crimes sexuais violentos

Um dos campos em que permaneceu a acusação privada foi nos crimes sexuais, ainda que violentos, justificando-se tal posição em dois fundamentos principais: a publicidade decorrente do processo é mais negativa à vítima do que o silêncio sobre o fato, já tendo ela sofrido com a prática sexual indesejada; a colaboração da vítima é essencial para a prova do crime, normalmente praticado às escondidas.

Porém, nota-se uma mudança de orientação. No Brasil, essa nova inclinação vem através da interpretação que parcela da doutrina e da jurisprudência vem dando aos artigos 101 e 225 “caput”, do Código Penal.

O artigo 225, “caput”, prevê a ação privada nos crimes contra a liberdade sexual, inclusive nos delitos violentos como o estupro e o atentado violento ao pudor.

Cabível ação pública incondicionada, contudo, quando o crime é cometido com abuso de pátrio-poder, ou na qualidade de padrasto, tutor ou curador (art.224 parágrafo 1º, II CP), ou quando da prática resulte lesão corporal grave ou morte (interpretação conjugada aos artigos 225, “caput”, e 223).

Também será a ação pública, mas condicionada à representação, quando o ofendido ou seus pais não puderem prover às despesas do processo, sem privar-se de

recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família (art. 225, parágrafo 1º do CP).

A questão surgiu essencialmente quanto ao delito de estupro praticado mediante violência real, da qual resulte lesão corporal de natureza leve.

Segundo alguns, a ação seria pública. O delito de estupro, no caso, é complexo porque contém como elemento outro crime: a lesão corporal leve. Prevaleceria então sobre o artigo 225, “caput”, o preceito do art. 110 do Código Penal “Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer deles, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público”. A norma do artigo 111, apesar de inserida na Parte Geral do Código Penal, por representar uma exceção a todos os casos em que se preveja ação privada para crimes complexos, é especial em relação art. 225, “caput”. No mesmo sentido caminhou a jurisprudência, sendo inclusive editada a Súmula 608 do STF: “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”.

Todavia, outros entendem caber ação privada, seja porque a norma do artigo 101 seria genérica e cederia à regra especial do artigo 225, seja ainda em razão de não ser o estupro delito complexo.

Há que se dizer sejam defensáveis ambos os entendimentos aludidos embora melhor sustentada a que conclui ser a ação pública e não privada. Assim manifesta-se

ALBERTO SILVA FRANCO:

“Por isso com o entendimento contrário, estendendo a ação pública aos casos de estupro ou atentado violento ao pudor praticados sob a ameaça, o que se pressente é que sob a capa de um discutível necessidade de se punir o autor de crime contra os costumes (discutível por que nesse campo o que se cumpre, em regra e em primeiro lugar, é respeitar a vontade da vítima já humilhada e violentada em sua intimidade e privacidade), o que se logra é relegar ao esquecimento dispositivos legais que compõem todo um conjunto, sábio e prudente, de exceções à regra geral da ação penal pública”.

1.9.2. A representação nos crimes contra os costumes no caso de vítima pobre

Nos crimes contra a liberdade sexual, a representação somente se procede mediante queixa, mas, será a ação pública condicionada à representação quando a vítima ou seus pais não puderem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à sua manutenção e da família (art. 225, parágrafos 1º, I e 3º, do CPP), nesse sentido, não deve haver rigor na avaliação da pobreza, limitando-se excessivamente a possibilidade de representação e, por consequência, da ação penal pública condicionada.

A lei vigente não exige que a pessoa seja miserável, como impunha o Código Penal de 1890, prescrevendo ser condicionada a ação quando a vítima ou seu representante não tenha condições de prover as despesas do processo, as quais sabidamente não são de baixo custo. Nesse parâmetro inclui-se aquele que tem pequenos recursos, uma situação média e, até mesmo, o que depois ingressou como assistente.

A demonstração da pobreza pode ser feita por qualquer meio de prova. Era de regra realizada através de atestado fornecido pela autoridade policial, baseado em declaração assinada por testemunhas, porém atualmente basta a simples declaração da vítima alegando sua falta de recursos para arcar com as despesas processuais.

O Promotor de Justiça, para acusar, deve ter no inquérito elementos para avaliar a situação financeira da vítima, ainda que possa ser feita durante a instrução melhor prova. Tendo havido representação, não haverá decadência pelo fato de que nos seis meses não foi feita suficiente demonstração da pobreza da vítima, essa prova poderá ser produzida depois.

1.9.3. Exceção à ação privada do art. 225, §1º, inciso II

Ao contrário do que se dá com a anterior a esta é absoluta, não depende de representação. A lei teve por fim contornar o absurdo consistente em esperar que o agressor detentor do pátrio poder, padrasto, tutor ou curador venha procurar justiça.

A exceção existe porque o Estado vela, em tais circunstâncias, para que o ofensor não fique impune quando tem a vítima sob sua discrição.

Os Tribunais têm decidido quanto ao tema de forma muito diversificada, inclusive o STJ em um de seus julgados decidiu pela desclassificação da acusação do crime de estupro praticado pelo pai em sua filha, enquadrando-o no artigo 218 do Código Penal, ou seja, corrupção de menores, sob a seguinte fundamentação:

“Conjunção carnal sem violência ou grave ameaça não é estupro. Conjunção carnal sossegada e constante, entre pai e filha, é incesto. Mas essa conduta, embora condenável na moral religiosa, não é tida como criminosa no direito estatal brasileiro. (...) É certo que o réu de incesto não pode ser apenado por estupro. A resposta está mesmo no CP, art. 218” (STJ – REsp. 94.930 – voto: Édson Vidigal – j. 05.03.1998 – *RSTJ* 111/310).

Causa estranheza tal decisão, abrindo um precedente para que autores de casos semelhantes sejam beneficiados, pois, com tal desclassificação, o agente que, caso fosse condenado por estupro, seria condenado a uma pena de 06 a 10 anos em regime fechado sem benefício algum, pois este é hediondo, mas, com tal desclassificação apresentada no julgado acima, sua pena seria de no mínimo 01 e no máximo 04 anos, além de gozar de todos os benefícios legais, pelo fato do crime descrito no artigo 218 do Código Penal não ser considerado hediondo.

MIRABETE em sua obra²¹ resume a questão concluindo da seguinte maneira:

“Nos crimes referidos, a ação penal pode ser: *pública incondicionada*, se ocorre violência real (Súmula 608/STF) ou o crime é cometido com o abuso do pátrio poder ou na qualidade de padrasto, tutor ou curador (art. 225, §1º, II do CP); *Pública incondicionada*, se a vítima ou seus pais não podem prover, sem privações, as despesas do processo (art. 225, §1º, I); *privada*, nos demais casos (art. 225, *caput*)”.

1.9.4. Aumento de pena – art. 226

O artigo 226 prevê um aumento na pena do agente que se enquadra nas situações previstas no artigo em questão somando, além, da pena cominada um acréscimo de um quarto em sua condenação.

²¹ Mirabete, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, vol. 2.

A primeira qualificadora, referente ao concurso de pessoa, tem sua razão de ser na maior facilidade da perpetração do crime e na periculosidade revelada pela conduta conjunta, porém, discute-se na doutrina se tal agravante se refere ao fato de ter sido o crime executado com pluralidade de agentes, bem como se tal pluralidade poderá verificar-se em qualquer fase do crime.

A segunda agravante tem como fundamento preexistente a violação de dever, ou o abuso das condições vantajosas em que se acha o agente. Estão aqui incluídos os casos de incesto, muito mais ocorrentes do que se possa imaginar, que não foram erigidos pelo legislador pátrio em crime autônomo, podem ser agentes desta modalidade agravada ascendentes, pai adotivo, padrasto, irmão, tutor, curador, preceptor ou empregador, ou ainda, que disponha de qualquer autoridade sobre a vítima.

A última agravante é a de ser o agente casado. Justificando-se assim tal qualificadora, por não poder ele reparar o mal pelo casamento e por violar deveres inerentes a este e deve ser comprovada por certidão.

1.10. CONCURSO DE CRIMES

Poderá o estupro concorrer materialmente com muitos outros crimes, inclusive com o rapto (art. 219 e 222). Haverá igualmente o concurso material quando o atente, após a conjunção carnal, praticar homicídio ou lesões, quando estas, desde que leves, restam absorvidas na violência física que compõe o tipo penal.

O crime de estupro pode ser praticado em concurso com o atentado violento ao pudor, desde que os atos libidinosos praticados não sejam daqueles que precedem ao coito normal.

Assim o coito anal, praticado com a mesma vítima, antes ou depois da cópula normal, constitui um crime autônomo, em concurso com o estupro e não poderá ser absorvido por este.

Contudo, a jurisprudência tem divergido sobre se o estupro pode ser praticado em concurso com o atentado violento ao pudor.

Sendo ambos crimes contra os costumes e visando, um e outro, a satisfação do instinto sexual mediante violência, parece possível a continuidade delitiva entre eles. Sobretudo se praticados contra a mesma pessoa.

Ciente o agente de estar contaminado de moléstia venérea, há concurso formal impróprio (art. 130, §1º, e art.170, segunda parte).

1.10.1. Concurso com o crime de constrangimento ilegal

Entende a jurisprudência ser o crime de constrangimento ilegal subsidiário em relação àqueles em que a vítima sofre de constrangimento por parte do agente ativo, ficando assim absorvido o crime de estupro.

“O crime do art.146 do CP é tipicamente subsidiário. A ação penal é, nele, meio repressivo suplementar, predisposto para o caso em que determinado fato, compreendido no conceito de constrangimento ilegal, não seja especialmente previsto como elemento integrante de outro crime (roubo, extorsão, estupro, etc.)” (TJSP – AC – Rel. Coelho de Paula – *RT* 546/344).

1.10.2. Concurso com o crime de corrupção de menores

Existem muitos julgados, inclusive do próprio STJ, no sentido de entender que a conjunção carnal entre pai e filha maior de 14 anos, sem violência ou grave ameaça deixa de caracterizar-se como estupro passando a ser tipificado como corrupção de menores, delito previsto no artigo 218 do Código Penal, adotando para tal entendimento o fato de não ser o temor reverencial contemplado no artigo 224 do Código Penal.

Como já descrito anteriormente o objeto protegido no delito de estupro é a liberdade sexual da mulher enquanto no delito de corrupção de menores o bem protegido é o interesse público de assegurar o bem jurídico da inviolabilidade carnal da pessoa, não havendo afinidade entre tais crimes.

1.10.3. Concurso com o crime de extorsão

Se o réu após a consumação da violência sexual coagir a vítima, também sob violência ou grave ameaça, com intuito de subtrair para si bens da vítima, configurados estarão ambos os delitos de estupro e roubo.

1.10.4. Concurso com o crime de roubo e de furto

O estupro não é absorvido pelo crime de roubo, pois, tratam-se de crimes autônomos, aplicando-se as penas de forma cumulativa, conforme a regra do concurso material do artigo 69 do Código Penal.

Não cabe concurso formal entre o crime de estupro e o de furto sendo estes praticados em ações diferentes, uma de conjunção carnal mediante violência e outra de subtração.

1.10.5. Concurso com o crime de perigo de contágio venéreo

Normalmente o acusado por tal concurso de crimes é absolvido se dadas as declarações médicas afastarem a possibilidade de ter a vítima contraído alguma moléstia em virtude da agressão. Deve ser verificado também no caso concreto, através de exame no réu, se ele portador ou não de tal moléstia, se não possuir, impõe-se a absolvição.

1.10.6. Concurso com o crime de rapto e de seqüestro

O caráter essencial do rapto é a interrupção do poder e da proteção que a raptada se achava e o estabelecimento de uma nova relação de dependência que deve visar a cópula com esta.

Ao analisar o caso, se constatado que o réu apoderou-se da vítima pelo tempo necessário pra com ela manter conjunção carnal, desconfigurado estará o crime de rapto.

Ensina NELSON HUNGRIA em sua obra Comentários ao Código Penal que “não há rapto, mas estupro ou atentado violento ao pudor, se o agente se limita a apoderar-se da mulher momentaneamente ou a uma simples *deviatio* pelo tempo suficiente ao forçado acesso carnal ou qualquer outro ato libidinoso”.

Em sentido contrário, admite a jurisprudência a ocorrência de ambos os crimes quando a vítima é retirada de sua residência e levada para outro lugar com intuito de obtenção de conjunção carnal mediante violência ou ameaças, caso onde será aplicada a regra do artigo 69 do Código Penal que trata do concurso material onde o sujeito ativo mediante mais de uma ação ou omissão pratica dois ou mais crimes idênticos ou não, fato pelo qual terá a aplicação de sua pena privativa de liberdade de ambos os crimes de forma cumulada.

Relativo ao crime de seqüestro não há concurso, pois no seqüestro a intenção do agente é a de violar a liberdade de locomoção da vítima enquanto que no estupro a intenção é de violar a liberdade sexual desta.

1.11. CRIME CONTINUADO

O estupro pode concorrer com vários delitos do Código e, nesse sentido, haverá concurso, por exemplo, com os delitos de lesões graves, homicídio dentre outros. Caso freqüente é o da ocorrência do estupro com o delito de perigo de contágio venéreo, art. 130 do CP.

Nesta situação discute-se se caberia o concurso material ou a continuidade delitiva, nesse sentido, apresenta-se a jurisprudência demonstrando as duas posições, no entanto, predomina o entendimento de que em se tratando do mesmo sujeito passivo há que ser admitida a continuação.

Quanto a continuidade delitiva, entende MIRABETE, que “pode haver continuação no estupro tanto quanto a mesma vítima como na conduta contra vítimas diversas”.

A continuidade delitiva contra vítimas diversas não é um entendimento pacificamente aceito.

Não se pode cogitar a configuração de crime continuado entre estupro e atentado violento ao pudor por não se tratarem de crimes de mesma espécie, pois como já mencionado anteriormente o estupro visa a proteção da liberdade sexual da mulher enquanto que no atentado violento ao pudor o objeto protegido é a inviolabilidade carnal de qualquer pessoa.

2. A QUESTÃO MÉDICO-LEGAL E PERICIAL NO CRIME DE ESTUPRO

Não se pode tratar do crime do artigo 213 do CP sem que se faça menção a questão médico legal relacionada aos crimes sexuais, pois, estes são elementos que comprovarão ter ocorrido a modalidade delituosa em questão sendo fundamentais neste sentido às investigações em torno do sujeito passivo, desdobrando-se em dois pontos fundamentais: o depoimento pessoal e a perícia médica.

Quanto ao depoimento pessoal, haja vista sua total subjetividade há que se revelar no caso concreto com sua individualidade e peculiaridade.

No que diz respeito a perícia, há que se dizer que o laudo de exame pericial, afirmativo ou negativo, na ofendida é obrigatório, pois, se faltar nos autos da ação penal a comprovação da materialidade do delito torna-se nulo o processo, nos termos do art.564, III, b, do Código de Processo Penal.

Assim, realiza-se a perícia de defloração, no caso da vítima virgem ou não. Registre-se a existência de julgados que diante de estupro praticado sob grave ameaça dispensam o exame de corpo de delito, ou seja, a prova pericial.

A perícia de defloração objetiva essencialmente o exame do hímen e, nas complacências, na constatação de espermatozóide além da membrana, ou de gravidez, ou moléstia venérea profunda de que o incriminado seja portador e esteja em fase contagiante, ou, ainda, de fosfatase ácida na secreção vaginal.

A vítima é posta sobre a mesa de exame, deitada em posição ginecológica, à luz natural e após a inspeção vulvovaginal, examina-se os pequenos e grandes lábios sendo exposto o hímen.

Em alguns casos pode a vítima do crime em questão não apresentar o rompimento do hímen, nesses casos, a vítima possui o chamado hímen complacente.

Pode haver a comprovação do crime através do exame de corpo de delito, neste caso, existem três hipóteses. São elas:

2.1. A RUPTURA DO HÍMEN

Com a ruptura do hímen o legista pode observar se houve ou não o estupro, observando se há roturas e equimoses ao redor da membrana, identificando assim se a violência foi recente ou não.

Quando a rotura é recente a membrana encontrar-se-á com bordas sanguinolentas, algumas equimoses e ardida. Após algum tempo as roturas vão cicatrizando.

O tempo médio para que as roturas cicatrizem é de 3 a 21 dias, mas para as questões médico legal o tempo é de 7 a 10 dias para que se comprove o estupro.

O exame para visualização aproximada do tempo de rotura da membrana é feito através do coloscópio, que é um microscópio utilizado para visualizar o canal vaginal.

Ao analisar o legista observará que a membrana do hímen tem uma tonalidade e a rotura terá outra nas bordas, então dirá que a lesão é antiga, pois já esta cicatrizada, terá aproximadamente de 1 a 2 meses, talvez até anos.

Pode ocorrer um caso em que a vítima pode ser estuprada e o hímen não se romper, trata-se do hímen complacente, possui o óstio amplo, permitindo a passagem do pênis, não tendo como o legista dizer se a vítima foi ou não estuprada.

2.2. ESPERMA NA CAVIDADE VAGINAL

Se ao analisar a cavidade vaginal, o perito encontrar Líquido prostático mais Líquido Seminal mais esperma, ou qualquer um deles, é comprovado o estupro indiferente do rompimento ou não do hímen.

Se o agente tiver azoospermia²² ou tiver realizado uma vasectomia, ele eliminará líquido prostático mais líquido seminal, mas, não os espermatozóides, então o legista irá, através de uma enzima chamada fosfatase ácida, ver se existe na cavidade vaginal líquido prostático ou líquido seminal.

²² Azoospermia é um disfunção que faz com que o homem não produza espermatozóides.

2.3. GRAVIDEZ

Estando a vítima grávida, para o legista, não há de se tentar fazer prova contrária ao estupro. Significa que houve conjunção carnal.

Na perícia médico legal os peritos deverão atentar também para o estado mental e idade da ofendida, além de eventuais enfermidades como cegueira, paralisias ou traumatismos em período de consolidação, como fraturas, e as provas de que a mulher sofreu violência física tais como equimoses, rastros escoráceos, em torno da boca e narinas, no pescoço, na região das coxas.

Ainda em relação a questão da perícia no crime em questão, VITORINO PRATA CASTELO BRANCO²³, em sua obra reforça:

“O laudo médico, porém, positivo ou negativo, não é prova completa, daí o juiz não ficar adstrito ao mesmo (art. 182 do CPP). No campo da sexualidade, principalmente por neurose histérica, poderá haver simulação, consciente ou inconsciente da posse sexual, surgindo provas médico-legais de tentativas que em muitos casos, não representam realmente a verdade, pois como se trata de crime domiciliar agrega-se muito valor ao depoimento da ofendida”.

²³ Vitorino Prata Castelo Branco. “O advogado diante dos crimes Sexuais”.

CAPÍTULO III

1. A PENA APLICADA AO AGRESSOR NO CÁRCERE

Devem ser tomadas providências administrativas com intuito de promover a segurança à integridade física do agressor, juntamente com a avaliação do estado psicológico e o atendimento psiquiátrico.

Por se tratar de crime, de grande repudia social, o estuprador além de ser condenado ao cumprimento da pena, conforme já citado anteriormente, em regime fechado sem direito a concessão de nenhum benefício, ainda é punido pelos próprios detentos no cárcere.

Qualquer que seja o crime cometido por alguém, não é tão violentamente punido quanto o de estupro e isso fica claramente demonstrado quando a socióloga JOANA DOMINGUES VARGAS, em sua obra²⁴, faz um relato do que acontece com o condenado pelo crime de estupro, quando levado à prisão.

‘Fui levada até as celas e apresentada ao carcereiro de nome A. Conversamos sobre o estupro e ele disse que o preso que entra com 213 ou 214 (estupro e atentado violento ao pudor) é ‘estragado’ ou seja, ele é obrigado a ficar nu, seus pêlos são cortados, seu cabelo é cortado, passam-lhe batom, mandam-no pôr calcinha e sutiã. Ele ‘vira moça’ sendo bastante machucado. A. contou-me, com um ar grave, sobre um rapaz que foi acusado por uma mulher de programa que fez a queixa para policiais que passavam em uma viatura no local. Trazido a delegacia, ele foi preso em flagrante e, ao entrar na cela, foi maltratado. Segundo A., ainda que a mulher seja prostituta, entretanto com 213, os presos não fazem distinção. Ainda conforme disse A., ele mesmo ‘entrega’. Referiu-se para se justificar, ao caso de um rapaz que entrou na cadeia alegando ter matado um policial. Ele foi conferir e descobriu tratar-se de um 213. Então ele ‘pôs a boca no mundo’ e os presos ‘judiaram com o cara’.’

²⁴ VARGAS, JOANA DOMINGUES. **Crimes Sexuais e Sistema de Justiça**. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2000. Pg. 113.

CONCLUSÃO

Ao final da presente pesquisa facilmente pode-se concluir que o crime de estupro é um fato que atualmente rodeia nossa sociedade em todos os meios e camadas sociais.

É um problema social que atinge a vítima, seus familiares e o próprio agressor, o qual ao entrar no ambiente carcerário, normalmente, sofre como punição, o mesmo tratamento dispensado à vítima, sendo abusado sexualmente da pior maneira possível e, muitas vezes, com a complacência dos próprios policiais e agentes penitenciários.

Foram observadas as formas e os sujeitos que podem participar do delito como sujeito ativo, além dos que só podem serem vítimas deste crime.

Impossível pensarmos que tal conduta restringe-se as camadas sociais mais baixas da sociedade, pois, estaríamos criando uma falsa utopia, tendo em vista que o crime em questão abrange todas as classes sociais e familiares.

Sim, familiares, pois, um dos principais focos de ocorrência do crime em tela se dá dentro da própria família, o que pode ser comprovado ao analisarmos a quantidade de processos criminais pela prática dos artigos 213, 214 e 224 do Código Penal, praticados por maridos, pais, padrastos e avós.

Resta importante ressaltarmos que a atual Constituição Federal expurgou de nosso ordenamento jurídico a possibilidade do marido exigir que a esposa mantenha relações sexuais contra sua vontade, para tanto, se praticar tal conduta estará cometendo o crime de estupro.

Devemos trazer à conclusão a questão acerca da hediondez ou não do crime de estupro e a divergência doutrinária e jurisprudencial no que tange o cometimento do delito, pois, uma parte desta entende que se cometido sem violência real não pode ser considerado como hediondo, enquanto a outra parte o considera como hediondo.

Tal discussão é muito acirrada quando o crime é cometido contra vítima menor de quatorze anos de idade, ponto este, que traz muitas controvérsias, pois, no que toca a esse assunto, entra em questão a presunção de violência.

Nesse sentido entendemos conforme o Supremo Tribunal Federal, que já decidiu acerca da questão, conforme já mencionado anteriormente, sendo sempre, o

estupro, considerado hediondo pouco importando se cometido com violência real, ficta, ou psicológica.

Por derradeiro, é de se questionar o que pensa uma pessoa quando pratica tal ato de brutalidade contra seu semelhante, e, nesse sentido era intenção do legislador, quando da edição da Lei dos crimes hediondos, reduzir, senão acabar, com atos desta natureza, o que não ocorreu, pois, mesmo com tal agravamento dado ao crime em tela, não foi suficiente para amenizar a ocorrência destas condutas criminosas, tendo em vista ser este de proliferação cada vez mais comum em nossa sociedade.

REFERÊNCIAS

- DELMANTO, CELSO. **Código Penal Comentado**. 4. ed. São Paulo: Renovar, 1998.
- JEJUS, DAMÁSIO E. DE. **Código Penal Anotado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- JEJUS, DAMÁSIO E. DE. **Direito Penal**. 3. vol.14. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FRAGOSO, HELENO C. **Lições de direito Penal: Parte geral**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense 1992.
- HUNGRIA, NELSON; FRAGOSO, HELENO C. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 1, t. 2.
- MARQUES, JOSÉ FREDERICO. **Curso de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1956.
- ZAFFARONI, EUGENIO R.; PIERANGELI, JOSÉ H. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MIRABETE, JULIO FABBRINI. **Código penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 2000.
- SERRA, TEREZA. **“Homicídio qualificado” – Tipo de culpa e medida da pena**. 1990
- TOURINHO FILHO, **Processo Penal**, vol. 3, 1992.
- JUNIOR, CÉSAR DE FARIA, **Crimes Hediondos, a nova lei**, Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, 1990, v. 3, nº 4, pág. 27, nº 6.
- MESTIERI, JOÃO. **Do delito de estupro**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.
- JURIS SÍNTESE MILLENIUM. **Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Prática Processual Eletrônica**. Cd nº 25. Porto Alegre: Síntese, 2001.
- VARGAS, JOANA DOMINGUES. **Crimes Sexuais e Sistema de Justiça**. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2000.
- FRANÇA, G. V. - **Medicina Legal**. 5ª ed., Ed. Guanabara Koogan, Rio de Janeiro, 1998.
- XAVIER FILHO, E.F. - **Rotina Médico Legal**. 2ª ed., Ed. Sagra Luzzatto, Porto Alegre, 1998.

CROCE, D. & CROCE, D. - **Manual de Medicina Legal**. Ed. Saraiva, São Paulo, 1995.

FRANCO, ALBERTO SILVA. **Crimes Hediondos: notas sobre a Lei 8.072/90**. 3ª ed. rev. e ampl., São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1994.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. NORMA TÉCNICA - **Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual, contra mulheres e adolescentes**. 1ª ed, Brasília, 1998.

PIMENTEL, S.; SCHRITZMEYER, A. L.P.; PANDJIARJIAN, V. - **Estupro crime ou "cortesia"?** Coleção Perspectivas jurídicas da Mulher, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998.

GOMES, Helio. **Medicina legal**, 31º ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1994.

Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica. 1969.

OLIVEIRA, J. - **Constituição Federal de 1988**. Ed. Juarez de Oliveira, 3ª ed., 1999.